

日米比較不法行為法序説（一）

木 下 毅

一 序

二 日本民法とアメリカ不法行為法（以上本号）

三 ネグリジエンスの基本的構造

四 結 語

一 序

アメリカの不法行為法をわが国のそれと比較する場合、それらの規範的要因を分析するにとどまらずそれらの法文化的背景にまで遡って、両者の有機的関連を明らかにすることが不可欠であるように思われる。本稿は、かかる視座から日米の不法行為法の要をなす過失（ネグリジエンス）の問題に焦点を絞りながら、日米の不法行為法を比較法的に考察することを目的とする。その前提作業として、まず最初にアメリカ不法行為法の歴史的背景から見ていくこととしたい。

アメリカ法制史上不法行為法が独立の法分野として登場するのはきわめて遅く、一八五九年に出版されたヒリアード（F. Hilliard）の「不法行為法」⁽¹⁾二巻本が、その最初のものであったといわれる。⁽²⁾従来の通説によれば、現代の不法行為法なканずくネグリジエンスの出現は、産業革命との関係で説かれてきた。⁽³⁾しかし、最近の有力説によれ

ば、その出現は産業革命の時期をかなり過ぎた段階であり、法理学的発想の変化なかでも非故意的な権利・利益(以下「権益」という)侵害および被害者に対する社会的関心の増加を反映したものである、といわれる。⁽⁴⁾

一八〇〇年当時は、厳格責任的色彩の濃いニューサンスが不法な権益侵害のほぼ全体をカヴァしていたといわれる。^(4a) アメリカの産業革命は、一八四〇年代、五〇年代に展開をみせるが、一八五〇年にはその影響を反映してかマサチューセッツ州最高裁判所のショウ首席裁判官の筆になるブラウン対キャンデル事件⁽⁵⁾において、故意(intention)と過失(fault)とが文言上区別して用いられるに至る。そして、南北戦争の時期までにはネグリジェンスが独立のカテゴリイとして登場し、ネグリジェンスなければ責任なしということが法の一般原則となりつつあった。

しかし、不法行為法が独立の法分野と観念されるようになるには、一八七〇年代を待たなければならなかった。一八七〇年代に入ると、アメリカ不法行為法の一般理論の構築がホウムズ(O.W. Holmes)によって試みられ、不法行為法は、厳格責任、故意による不法行為、過失による不法行為の三つのカテゴリイに分類されるに至る。⁽⁶⁾ 彼の業績は、ネグリジェンスを不法行為法の包括的な法理として独立化させた点にあった。⁽⁷⁾ ホウムズは、一八八一年に公にした古典的名著「コモン・ロー」において、不法行為法の分野に浸透している道義的文言は法の実体と目的に關して誤った観念を植え込むことになるとし、不法行為責任に關し客観的外的規準を提唱するに至る。⁽⁸⁾

ホウムズの「コモン・ロー」以降一九一〇年頃にかけて科学として法を把えるというラングデルの発想が、不法行為法にも影響を及ぼすに至る。⁽⁹⁾ 一九一〇年から第二次大戦終了までの時期は、リアリズム法学が隆盛をきわめた時期に当り、不法行為法にもそのインパクトが及ぶに至るが、この時期はボーレン(F. Bohlen)とグリーン(T. Green)に代表されよう。ボーレンは、一九世紀の概念論的な立場からリアリストの理論に対し疑念を呈し、不法行為法のほぼ全体をコンパクトなカテゴリイの中へ分類整理しようとした。⁽¹⁰⁾ これに対しグリーンは、一九二〇年代中葉から一九三〇年中葉にかけてリアリズム法学の洗礼を受け、きわめてオリジナリティに富む改革的不法行為理

論を生み出すに至る。ネグリジェンス法における因果関係論はその代表的なものであった。⁽¹¹⁾ 両者の学説上の対立は、ポーレンを主たる起草者として一九三四年に採択された「不法行為法リステイトメント」⁽¹²⁾の完成とこれに対するグリーン⁽¹³⁾の批判、なかならずネグリジェンスと因果関係の扱い方に対する批判において頂点に達する。そしてこの時期のリアリズム法学の影響の一つとして不法行為法のケースブックが次々と編纂されるに至った。⁽¹⁴⁾

グリーンにより示唆されたネグリジェンスの新しいアプロウチは、一九二八年のカードウヅウ裁判官の筆になるポールスグラフ対ロング・アイランド鉄道会社事件⁽¹⁵⁾において古典的判断規準とされるに至る。⁽¹⁶⁾ この事件においてとられた関係的ネグリジェンスの概念は、厳格責任のアプロウチを示唆するものであったといわれる。⁽¹⁷⁾ そして一九三〇年代までには、学説上厳格責任が、ネグリジェンスに対する例外的存在から不法行為法の独立したカテゴリーにまで昇格するに至る。⁽¹⁸⁾ ハーパ(F. Harper)は、一九三三年に公にした論者⁽¹⁹⁾の中で、厳格責任を「純粋な社会工学の問題」⁽²⁰⁾として位置づけた。他方では、一九三〇年代までに責任保険システムが定着化するに至る。責任保険等による新たな補償制度は、ネグリジェンスから厳格責任への推移に拍車をかける結果となった。⁽²¹⁾

一九四〇年代にはプロッサ(W. Prosser)が登場し、リアリズム法学と伝統的なドクトリン志向的不法行為法理論との結合の上に、新たなアプロウチを試み、不法行為理論を集大成化するに至る。⁽²²⁾ その法理学的発想は、二〇世紀初頭の革新主義者グリーンに由来するといわれる。⁽²³⁾ 彼の理論的新奇面は、特に比較過失(過失相殺)、製造物責任およびプライヴァシーの領域にみられた。⁽²⁴⁾

次の一九五〇年代から六〇年代にかけては、補償体系としての不法行為理論が他の学者によって試みられるに至る。⁽²⁵⁾ この時期におけるプロッサは、コンセンサス理論を象徴する学者と目された。この世を去る一年前の一九七一年に改訂された第四版においても、不法行為責任に影響を及ぼす要因の一つとして加害者の行為の道德的側面が強調されている。しかし、今日の不法行為法理論は、ネグリジェンスの再検討を通じて厳格責任の拡大化をもたらした

(製造物責任は、その典型的事例)、社会の成員間の損失を拡散化する調整的機能を果たす公法としての機能を重視する方向に向いつつある。一九七〇年代に入ると厳格責任と責任保険等の損害填補制度とを総合的に把握し、調整の体系としての不法行為法の機能が強調されるに至る。多くの州で採択されるに至った無過失責任保険の体系化は、その一つの現われであり、それと共に厚生経済学と道德哲学的観点が導入される。⁽²⁶⁾ 補償体系の道義的・経済的・社会的前提を強調するキートン (P. Keeton & R. Keeton)、⁽²⁷⁾ フランクリン (M. Franklin) およびフレッシング (J. Fleming)、⁽²⁸⁾ 法制度を資源の最適配分という経済的アプローチを用いて分析するポズナ (R. Posner) およびキャラブレイジ (G. Calabresi)、⁽²⁹⁾ 不法行為法における正義は当事者間の正義であることを強調するフレッチャ (G. Fletcher)、⁽³⁰⁾ 功利主義的アプローチを拒絶して配分的正義に不法行為法の主たる目標を置くエプスタイン (R. Epstein) ⁽³¹⁾ 等は、それぞれこれらの今日の流れを代表している学説といえよう。

以上のような歴史的背景をもつアメリカ不法行為法は、日本民法のそれと比較した場合、どのような特徴を有しているであろうか。この点を次に見ていくことにしたい。

- (1) F. Hilliard, *The Law of Torts and Private Wrongs* (1859). Cf. C. Addison, *Wrongs and Their Remedies* (1860) (イギリス).
- (2) W. Seavey, *Principles of Torts*, 56 Harv. L. Rev. 72 (1942); L. Friedman, *A History of American Law* 261-64, 409-27 (1973).
- (3) E.g., M. Horwitz, *The Transformation of American Law, 1780-1860*, 85-99 (1977); Friedman, *id.* at 409-10.
- (4) E. White, *Tort Law in America: An Intellectual History* 3 (1980).
- (4 a) Horwitz, *supra* note 3, at 85.
- (5) Brown v. Kendall, 60 Mass. (6 Cush.) 292 (1850). See also Horwitz, *supra* note 3, at 89-90.
- (9) O.W. Holmes, *The Common Law* (1881) の lecture 3 の基礎となったと思われる。Do., *The Theory of Torts*, 7 Am. L. Rev. 652 (1873) 参照。不法行為法がロー・スクールの独立したコースとなったのは、一八七〇年のことであり、最初の Ames によるケースブックが出たのが、一八七四年のことであった。
- (7) White, *supra* note 4, at 13.

- (8) M. Howe, *Introduction* in Holmes, *The Common Law* ([1881] Howe ed. 1967).
- (9) G. Gilmore, *The Ages of American Law* 42-43, 50 (1977). この点に関する邦語文献として、松浦好治「Law as Science」論と19世紀アメリカ法思想(1)〜(3)」中京法学一六巻二号(一九八一年)・一六巻四号(一九八二年)・阪大法学二二五号(一九八二年)参照。
- (10) F. Bohlen, *Cases on Torts* (1915); *do.*, *Studies in the Law of Torts* (1926); White, *supra* note 4, at 78.
- (11) L. Green, *Rationale of Proximate Cause* (1927); White, *id.* at 76. ブリーンの著作は、従来相当因果関係なう近因(proximate cause)と論じられてきた概念を「事実上の因果関係」(cause in fact)と「保護範囲」(scope of protection)とに分けて異なる概念に区別して論ずべきことを提唱した労作として知られる。邦語による文献として、平井宜雄「損害賠償法の理論」一三五頁以下(一九七一年)参照。

- (12) Restatement (First) of Torts (1934).
- (13) White, *supra* note 4, at 81.
- (14) *Id.* at 83.
- (15) Palsgraf v. Long Island R.R. Co., 248 N.Y. 339, 162 N.E. 99 (1928).
- (16) White, *supra* note 4, at 98.
- (17) *Id.* at 108.
- (18) *Id.*
- (19) F. Harper, *The Law of Torts* (1933).
- (20) White, *supra* note 4, at 109.
- (21) *Id.* at 147.
- (22) W. Prosser, *Law of Torts* (1941).
- (23) White, *supra* note 4, at 157.
- (24) *Id.* at 164-76.
- (25) *Id.* at 176; *A Symposium on Negligence in Honour of Charles O. Gregory*, 53 Va. L. Rev. 759-932 (1967).
- (26) White, *id.* at 215-16. See Uniform Motor Vehicle Accident Reparation Act.
- (27) P. Keeton & R. Keeton, *Torts: Cases and Materials* xxiv (1977); M. Franklin, *Injuries and Remedies—Cases and Materials on Tort Law and Alternatives* (1971); J. Fleming, *An Introduction to the Law of Torts* (2d ed. 1985).
- (28) Posner, *A Theory of Negligence*, 1 J. Leg. Stud. 29 (1972); *do.*, *Strict Liability—A Comment*, 2 J. Leg. Stud. 205

(1973); R. Posner, *Economic Analysis of Law* ch. 4 (3d ed. 1985). 損害負担の基礎理論であるキートン・オコンナー理論を紹介した

邦語による文献として、藤倉皓一郎「不法行為責任の展開——損害負担理論に関する一考察」同志社法学一〇七号一頁（一九六八年）参照。

(29) G. Calabresi, *The Costs of Accidents* (1970). 本書の紹介として、森島昭夫「損害賠償責任ルールに関するカラブレージ理論」私法の新たな展開（一九七五年）、同「人身損害補償システムの基礎理論」ジュリスト六九一号六頁（一九七九年）、藤倉皓一郎、アメリカ法一九七四—二、三六六頁以下参照。G. Calabresi & P. Bobbitt, *Tragic Choices* (1978). 本書に関して、平井宜雄「現代社会への法的戦略——カラブレージ・バビット著『悲劇的選択』の紹介を中心として」法協百年論集一卷八五頁以下（一九八三年）参照。

(30) Fletcher, *Fairness and Utility in Tort Theory*, 85 *Harv. L. Rev.* 537 (1972).

(31) Epstein, *A Theory of Strict Liability*, 2 *J. Leg. Stud.* 151 (1973); *do.*, *Intentional Harms*, 4 *J. Leg. Stud.* 391 (1975); *do.*, *Causation and Corrective Justice*, 8 *J. Leg. Stud.* 477 (1979); *do.*, *A Theory of Strict Liability: Toward a Reformulation of Tort Law* (1980).

二 日本民法とアメリカ不法行為法

日米間の不法行為法の法文化的発想の差異をもたらすものとして、いかなる要因を想定することができるだろうか。かかる要因を法文化そのものとの関連で洗い尽すことは至難のわざであり、本稿の範囲を超えるが、次に掲げる要因は、日米間の不法行為法を比較法的に考察する上で逸することのできない要因ではないかと思われる。

(1) まず両者の法思想的背景として、大陸法的意思理論と英米法的関係理論とをパラダイム的に対置することができる。

大陸法系に属する日本民法の財産関係については、「近代法思想における自由平等の原理の具体的顕現たる、個人財産権の絶対、個人意思の自治（契約の自由）、過失責任の三原則が、全般的に徹底し⁽¹⁾」ているといわれる。不法行為法に関していえば、「意思を基礎とする意思主義的な理論が形成されると、それに伴って、過失（*culpa*）の概念も明確化⁽²⁾」され、個人の自由な活動の結果他人に与えた損害については、意思を基礎として故意ないし過失ある

場合にのみ責任を負うものとされてきた。この過失責任主義ないし自己責任の原則の採用により、加害者側(被害者側ではなく)に関しては、「意思の媒介なければ責任なし」という近代市民法の要請は充足されることになる。

したがって、契約自由の原則ないし法律行為自由の原則が、「積極的に個人の自由な活動を伸張する」ものだとすれば、過失責任ないし自己責任の原則は、「それを裏面から消極的に保障する」ものであり、その意味で「契約自由の原則の一つの附随物」とされる⁽³⁾。このようにわが国における過失責任主義は、「経済政策的な側面においては、個人の経済活動の自由の保障という理念に支えられたものであり、また、法的構成や法的処理における意思主義ないし心理主義とでもいふべき近代「市民」法の特質の一つの現われ」と解することができる⁽⁴⁾。

この過失責任主義には、過失あれば責任ありという積極面が存在しており、この積極面に近代市民不法行為法の原則的な帰責根拠を見出すことができる。そこでは自由意思の主体としての自律的で自己完結的な当事者個人の意思が、出発点とされてきたといえよう⁽⁵⁾。

これに対し、コモン・ローの根本思想は、「意思」(will)ではなく「関係」(relation)にある、といわれてきた⁽⁶⁾。パウンド(R. Pound)によれば、英米法系においては、ほとんどすべての法的問題を「関係」およびその関係に当然含まれ、またはその関係に効力を付与するに必要な「相互的権利義務」(reciprocal rights and duties)という関係の内容を中心に考察しようとする傾向が強い⁽⁷⁾。不法行為法に関していえば、行為義務を課せられる特定の関係の存在が、不法行為責任を問う上で決定的となることが多い⁽⁸⁾。たとえば、加害者が被害者に対して行為義務を負っていないければ、ネグリジエンスという不法行為そのものが成立しないとされる。このように、ネグリジエンスも人と人との関係において相対的に捉えられており、関係の事物から離れた抽象的なネグリジエンスは、不法行為をなすものではないとされる。その意味で、ネグリジエンスは、関係用語であるといわれる⁽⁹⁾。また労働者災害補償立法は関係主義的観点からフォールト(故意・過失)の有無にかかわらず使用者に責任を課すに至った例とされる⁽¹⁰⁾。

かくして、日本の不法行為法をアメリカのそれと比較法的に考察する場合、法思想的背景として大陸法的意思理論と英米法的関係理論を対照的なパラダイムとして想定することが可能となる。

(2) 不法行為法にみられる大陸法的な総則的アプローチと英米法的な類型的各論的アプローチとの差異も無視することができない。わが法を含む大陸法系においては、パンデクテン法学の影響を受けて、契約に関して、一方では総則的な一般理論を展開すると共に、他方では売買、消費貸借等の典型契約にみられるごとく個別的な契約類型を基礎とする各論的法理をも発展させてきた。しかし、不法行為に関しては、個別的な不法行為類型については関心が比較的薄く、民法第七〇九条にみられるように総則的な一般理論に重点が置かれてきたといえよう。⁽¹¹⁾

これに対し、英米法系においては、契約に関しては一般理論に重点が置かれ、個別的な契約類型を基礎とする各論的法理には、相対的に見て関心が薄かった。しかし、不法行為に関しては、battery, assault, false imprisonment, trespass, negligence, strict liability……といった複数の不法行為の個別的・具体的類型を重視する傾向が強く、統一的な制度としての一般理論にはあまり関心が払われてこなかった。言い換えれば、英米の不法行為法においては、個々の不法行為類型はあっても、不法行為の一般原則のごときものは存在していなかったといつてよい。⁽¹²⁾

このような英米における不法行為法の基本的構造は、各不法行為類型が個々の訴訟方式 (form of action) と結びついて発展してきたという法制史的背景に基因するところが大きい。不法行為が law of tort ではなく、伝統的に law of torts と複数形で表現されてきたことも、訴訟方式との関連で理解することができよう。メイトランド (F. Maitland) の「われわれは訴訟方式を葬ったが、その訴訟方式が墓の中からいまだにわれわれを支配している」⁽¹³⁾のである。わが国の不法行為法は民法第七〇九条以下わずか一六条の条文を置いているにすぎないのに対し、アメリカの「不法行為法リステイメント」(Restatement of Torts) が一〇〇〇条近い条文から構成されていることも、不法行為の実体的法準則が多数の訴訟方式の間隙から滲み出てきたことと関連があり、個々のタイプの

不法行為の特性が強く意識されていることを示唆するものといえよう。

しかしながら、一九世紀にネグリジェンスという不法行為が認められるようになってからは、特定の類型に該当しないことを理由に不法行為としての法的救済が与えられないということとはなくなる。最近では、このような不統一な不法行為法を統一的な制度として体系化しようとする試みが一般化しつつあり、不法行為法全体を、故意責任(intent)、ネグリジェンス責任(negligence)および厳格責任(strict liability)の三つの領域に統一化することにより、不法行為法の一般理論の形成が行われつつある⁽¹⁴⁾。しかしそれにもかかわらず、英米の不法行為法が不法行為の具体的な類型ごとにその成立要件や免責事由などを法準則化してきたことは、特に故意による不法行為法を理解する上で関連性を有するといえよう。

ところで、コモン・ロー上の最も古い不法行為上の請求の一つに、トレスパス(trespass＝不法侵害)がある。

このトレスパスの令状は、当初損害賠償のみならず刑罰をも命じていた。また故意と過失との区別も、明確には意識されていなかった⁽¹⁵⁾。しかし、時代の進展とともにトレスパスは故意による不法行為の事案に漸次限定されていき、今日では、人身に対するトレスパス、すなわち、暴行未遂(assault)⁽¹⁶⁾、暴行(battery)⁽¹⁷⁾および逮捕・監禁等により身体⁽¹⁸⁾の自由を剝奪する不法監禁(false imprisonment)の令状から発展した特定の不法行為類型には、故意的行為が必要とされるに至る。同様のことは、権限なくして他人の占有する土地に立ち入る行為である土地に対するトレスパス(trespass to land)⁽¹⁹⁾をはじめ、動産に対するトレスパス(trespass to chattels)⁽²⁰⁾および動産横領(conversion)⁽²¹⁾という部分的にオーバーラップした訴訟方式に起源を有する不法行為上の請求についてもいえよう。以上は、被害者の身体ないし財産に対する故意による不法行為の類型であるが、故意による経済的損失に対し法的保護を与える他の不法行為類型として詐欺(fraud, deceit)⁽²²⁾、強迫(intimidation)⁽²²⁾、悪意訴追(malicious prosecution)⁽²³⁾、共謀(conspiracy)⁽²³⁾、契約侵害(inducing breach of contract)⁽²⁴⁾、詐称通用(passing off)等があり、その他人格権的なものの侵害として名

譽毀損 (defamation. 口頭による名譽毀損である口頭誹毀 (slander) と文書による名譽毀損である文書誹毀 (libel) とに分かれる⁽²⁵⁾)、プライバシー (privacy)⁽²⁶⁾、精神的ショック (nervous shock)⁽²⁷⁾ 等がある。⁽²⁸⁾

以上は故意による不法行為の類型を例示的にとりあげたものであるが、これらの例からも分かるように訴訟方式がいまだに現行の実体法の形式および内容に影響を及ぼしており、個々の類型の不法行為の特性が強く意識されていることが見てとれよう。

このように英米の不法行為法は、訴訟手続を中心に中世以来の歴史的継続性を保ちつつ、判例法体系として形成されてきた。わが民法第七〇九条に相当する法準則は、第一次的法源としての判例法の形で存在しており、第二次的法源としての制定法は判例法の間隙を埋めるような形で存在しているにすぎない。寄与ネグリジェンス (contributory negligence)⁽²⁹⁾ の法準則を変更するために制定された比較過失に関する法律などは、後者の例外的事例といえよう。

(3) 不法行為法と物権法との関係をどのように把えるかに関しても、日米間のアプロウチに差が見られる。わが国を含めた大陸法系においては、故意・過失 (fault) によって生じた損害に対する責任を中心に不法行為法が形成され、絶対無制限の支配権たる観念的所有権を中心とする物権的請求権と現実的占有に対する侵害に対する占有訴権は、周知のごとく物権法の一部として扱われている。これらの支配権は、その内容と矛盾する状態のない場合ないしかかる状態の発生するおそれがある場合には、妨害排除請求権ないし妨害予防請求権を生ぜしめる。⁽³⁰⁾

これに対し、英米法系にあっては、大陸物権法にみられるような観念的所有権を中核とする真実の支配権たる本権保護と本権を伴わない外形保護との峻別・対立といった緊張関係はみられず、不法行為法と物権法とを峻別するという発想が比較的弱いといえよう。侵害訴訟たるトレスパスや占有侵奪に対する不動産回復訴訟たるイジェクトメント (action of ejectment) は、占有の保護手段として機能しているが、これらが不法行為訴訟として位置づけら

れていることはその一証左といえようか。⁽³¹⁾

(4) 刑事責任と民事責任との関係も日米間で異なっており、その差異が法目的の実効性に微妙な差異をもたらしている。

法制史的には、刑法も不法行為法も加害者に対する制裁から出発し、責任論を基礎として構築されてきたが、時代の進展と共に両者は次第に分化し、わが法を含む今日の大陸法系においては、刑事責任すなわち刑事上の刑罰と民事上の損害賠償とは峻別されてきた。すなわち、制裁的機能は前者に、損害填補的機能は後者に、それぞれ分担され、損害賠償責任から制裁の要素が排除されてきた。⁽³²⁾

これに対し、法を社会統制のための手段とみるプラグマティズムの伝統が強い英米法系にあっては歴史的継続性が強く保持されていることもあって両者の分化は必ずしも徹底されておらず、また徹底すべきであるという発想もみられない。不法行為法において有効な機能を果たしている「懲罰的損害賠償」(punitive damages, exemplary damages, vindictive damages, smart money)と呼ばれる制度は、その顕著な一例といえよう。英米では、加害者の行為の悪性が強い場合(故意ないしそれに準ずる場合)、加害者に対し実損害たる民事上の損害賠償にプラスして懲罰を加え、一般予防にも資することを目的とした特別の損害賠償(加害者からみれば実質的に刑罰。ただし、プラス・アルファ分は国庫ではなく被害者に行く。)を科せられることがよくある。これに類した二倍賠償(double damages)ないし三倍賠償(treble damages)の制度は、他の類似の事例といえよう。⁽³³⁾

これらの制度は、民事的要素と刑事的要素とを併せ有するものであり、いわば刑事と民事との中間的領域を開拓した法制度といえようか。大陸法系にあっては絶対的ドグマとして当然視されてきた民事・刑事の峻別も、英米法系にあっては必ずしも当然のこととは考えられておらず、かえって両者の間の玉石色の領域を存置させておく方が法目的の実現にとって実効的である、と考えられているようである。⁽³³⁾

また英米の不法行為においては、トレスパスなど一定の故意による不法行為について実損害がない場合でも、違法な侵害があれば不法行為の成立を認め、五ドルないし一〇ドルといったきわめて小額な損害賠償である「名目的損害賠償」(nominal damages)を命じることがある。この制度も、実損害がないにもかかわらず賠償を命じることに着目するなら、制裁的性質を有するといえることができる⁽³⁴⁾。

以上のような実損(害損害填補)を越えるサンクションは、英米法系に特徴的な制度であり、刑事と民事とを峻別するわが国の制度においては認められていない。実損害なきところに賠償責任を認めることができないことを理由とする。

(5) 不法行為の成立要件として故意と過失を同一に扱うかそれとも区別して扱うかに関しても、日米間に差異がみられる。わが国の民法理論によれば、違法な行為の効果について故意と過失とを原則として区別しない。「刑法では、故意の場合だけを罰し、過失の場合を罰しないのが原則なので、どこから故意になるかが重要な問題になるが、私法上では、故意でも過失でも、たてまえの上では結果に違いがないので、両者を区別する実益はとぼしい」⁽³⁵⁾ことを理由とする。しかし、民事責任においても、損害賠償の範囲⁽³⁶⁾および実際の損害賠償額の算定⁽³⁷⁾において、両者の間に実際上の差異を生じることがある。

これに対しアメリカ法においては、故意の場合とネグリジェンスの場合との間に理論上の差異があるように思われる。賠償範囲に関していえば、故意による不法行為については、原則として意図された行為の意図されざる結果⁽³⁸⁾に対してもすべての損害が損害賠償の範囲に入るのに対し、ネグリジェンスによる不法行為の場合は、行為者の被害者に対する注意義務の存在を前提とした上で、ネグリジェンスによる行為と損害との間に事実上の因果関係が認められる限り、直接の結果による損害は予見可能性の有無を問わず損害賠償の範囲に入るとされる⁽³⁹⁾。また「名目的損害賠償」や「懲罰的損害賠償」が認められるのは、原則として故意による不法行為の場合に限られていること

も、故意の場合とネグリジェンスの場合とで効果を異にする事例といつてよい。⁽⁴⁰⁾

(6) 過失責任と無過失責任との関係は、どうであろうか。わが国の伝統的な不法行為理論によれば、過失とは、「普通一般の人の注意(善良なる管理者の注意)をすれば、自分の行為が他人に損害を及ぼすことを知りうるのに、その注意を欠いたために損害の発生を認識しないこと」⁽⁴¹⁾であるとする。この定義では、主観的要件としての責任要件にウエイトがかけられている。これに対し最近の学説では、過失を一定の状況における行為義務違反と解してきた判例の線に沿って新たな理論的展開がなされつつある。⁽⁴²⁾その限りでは伝統的な不法行為理論の屋台骨が揺ぎつつあるといえようが、しかしそれに代る新たな理論的構築はいまだ流動的な状態にあるといえようか。不法行為理論の最も中核となるべき「過失」、「違法性」、「因果関係」、「損害」などの概念についてコンセンサスが得られないことは、このことを物語っているといえよう。このように今日のわが国における不法行為理論の把握そのものが困難な状況にあることが指摘されている。⁽⁴³⁾

これに対し、英米ではどうであろうか。イギリスにおいてもネグリジェンスを主観的なものと解する「心理理論」(mental theory)と客観的なものと解する「行動理論」(conduct theory)との対立が見られたが、今日ではネグリジェンスを故意と併存する一つの心理状態として把握するというよりは、客観的な行為義務に違反して他人の権益を侵害した行為として把える傾向が強い。⁽⁴⁴⁾アメリカにおいては、ホウムズ(O.W. Holmes)以来の伝統もあって客観的要件を強調する傾向がより強いといえよう。⁽⁴⁵⁾一九二〇年代には抽象的一般的義務の概念が漸次放棄され、義務の「関係」概念がそれに取って代わった。ネグリジェンスに関する関係理論は、利益衡量のアプローチを導き入れ、危険の大きさと行為の社会的有用性の比較衡量を裁判官に要求するに至る。その結果ネグリジェンス法理の統一性および予見可能性が失なわれることとなった。⁽⁴⁶⁾

ところで過失責任主義は、近時の経済的發展なканずく大企業の出現により報償責任、危険責任等の発想を生み

出し、損害の公平な危険負担をはかることを目的とした「被害者がわの有利に裁断するための理論」である無過失責任の思想が生まれる。いわゆる「過失責任から無過失責任へ」の推移がそれである。このような推移は、改めて「民事責任の根拠とは何か」を問いただすこととなった。過失を一定の状況における行為義務違反と解する最近の過失論も、無過失責任の進展と無関係ではないように思われる。しかし、わが国の不法行為法体系において無過失責任は、いぜんとして過失責任の例外として従たる地位を占めているにすぎないように思われる。⁽⁴⁷⁾

これに対し、アメリカでは関係的ネグリジェンス理論 (relational negligence theory) の進展が、不法行為法の要をなす伝統的なネグリジェンス理論に対する攻撃の道を用意しつつあった。ネグリジェンスの有無の判断が非関係的事案における利益衡量にあるとすれば、フォールト (故意・過失) の概念は、問題を明確化するよりも混乱に陥れることになりかねない。事実抽象的には行為者に不注意がなくとも、法的には注意義務を欠いたとみなされるような事例が集積されるに至る。かくして関係的ネグリジェンス理論は、厳格責任理論と結びつくこととなる。⁽⁴⁸⁾

厳格責任の理論によるアプロウチは、自己の危険において行為するという古い観念を復活させた。すなわち、被告はフォールトの有無にかかわらず自己の危険創出行為によって引き起された権益侵害に対し責を負わなければならないとされるに至る。⁽⁴⁹⁾ 一九三〇年代にそれまで特別の例外的責任とされていた厳格責任が、ネグリジェンスと並ぶ独立のカテゴリにまで昇格するに至った。第一次不法行為法リスティメントは、厳格責任を「超危険的活動」 (ultrahazardous activity) に関する賠償責任として定式化し、第二次不法行為法リスティメントは、「異常に危険な活動」 (abnormally dangerous activity) の結果に対してフォールトの有無にかかわらず厳格責任を課し、その判断を裁判所 (陪審でないことに注意) に委ねるに至った。その結果、厳格責任が一般条項的に認められることとなった。⁽⁴⁹⁾ かくして、厳格責任を問われる行為は、道義的に不法であるからではなく、社会工学 (social engineering) 上の問題として責任を課せられるべきであるという理由づけがなされるに至る。

以上を要するに、関係的ネグリジェンスは、フォールトという道義的概念を帯有しつつ、一定の場合にフォールトが誰に帰するか決定を利益衡量のプロセスに委ねてきたといえよう。厳格責任理論は、さらにフォールトの概念そのものから解放されて利益衡量を行うに至り、キャラブレイジイ(G. Calabresi)などは資源の最適配分という観点から、厳格責任の立場を提唱するに至っている。⁽⁵⁰⁾このようなネグリジェンスから厳格責任への推移は、関係主義の復権的現象の一側面として把えることができよう。

(7) さらに、日米の不法行為法を考える上で陪審の機能も無視することができない。裁判にどの程度まで素人の参加を制度的に認めるかは、時代により国によって異なる。わが国では、イギリス法の影響を受け、大正デモクラシーの一環として大正一二年に陪審法が制定され、昭和三年から施行されたが、昭和一八年に施行停止となり、そのまま今日に至っている。しかも、わが国の陪審制度は刑事事件に限られ、不法行為法をはじめとする民事事件はその対象とされていなかった。

これに対し、英米法系においては周知のごとく伝統的に陪審制度がとられてきた。特にアメリカにおいては、陪審審理を受ける権利が憲法上の権利として規定されており、また陪審がよく利用される自動車事故が民事事件においてきわめて大きなパーセントを占めていることもあって、陪審の機能はアメリカの不法行為法を考える上で欠くことのできない重要なファクタの一つといえよう。

では一般民衆たる素人が陪審員という形で裁判に関与してきたことは、アメリカ不法行為法にどのような特色をもたらしてきたであろうか。一般的にいえば、法曹のみが裁判に関与するところでは、分析的概念が好まれる傾向にある。過失について「軽過失」と「重過失」とを理論的に分け、注意義務の程度を区別するといった分析的発想がとられやすいことは、その一例である。現にわが法では、過失を不注意の程度によって多少でも注意を欠く「軽過失」と著しい不注意である「重過失」とに分けて論ずることが多い。⁽⁵¹⁾

これに対し、アメリカ不法行為法においては、当該状況における通常の思慮分別を有する合理人の行為が基準とされ、軽過失と重過失とを区別しないのが通例である。⁽³²⁾ここにいう「合理人」(a reasonable man)とは、アメリカでは「家庭で雑誌をとり、夕方にはワイシャツ一枚になって芝刈機を押す人」⁽⁵³⁾といった通常の市民を意味する。

Reasonable, reasonableness, a reasonable man といった文言は、英米の不法行為法におけるネグリジェンスの有無を判断する基準として用いられることが多い。具体的には、合理人という仮定上の人間が被告の立場にあったとすればいかなる行動に出たであろうかといった客観的な基準によって判断されることになる。その判断をする者は、伝統的には陪審であったことから、「合理人」とは、陪審席にいる陪審によって代表され、ネグリジェンスの有無、損害賠償額などは、一二人の陪審員の最大公約数的意見によって決せられることになる。したがって、合理人という場合には、実在する人間の平均ではなく、人間として具有すべき義務をそなえた擬制的な人間ということになる。その結果、合理人の注意義務は、実際には客観的基準によって判断されることから、加害者は通常人以上の高度な行為義務を課せられる傾向にある。第二次不法行為法リスティメント第二八三条は、かかる趣旨を「行為者がネグリジェントにならないように従わなければならない行為基準は、当該状況における合理人の行為基準とする。⁽⁵⁴⁾ただし、行為者が子どもである場合はこの限りでない」と定式化している。医師、弁護士、会計士、建築士といったいわゆる専門職に従事している者は、通常人の有しない特殊技能・知識が、その専門職に属する合理人として要求されることになる。

行為者が子供である場合には、同様の年齢、知能および経験を有する合理人の同様の状況の下における行為基準が適用される。また、身体障害などの身体的欠陥者についても、精神的欠陥者の場合と異なり、合理人という一般基準の修正が認められることになる。⁽⁵⁵⁾これに対し、精神異常者その他の精神的欠陥者の場合には、通常人たる合理人の基準にしたがってネグリジェンスによる不法行為責任を負わされることになる。⁽⁵⁶⁾それ故、アメリカ不法行為

法上、精神的欠陥者は、より高度の注意義務を課せられているということになる。⁽⁵⁷⁾

(8) 個人的責任と社会的責任との関係をどのように把握するに關しても責任保険制度等をめぐって微妙な差異がみれる。無過失責任による加害者の責任の拡大化は、責任保険制度、社会保障制度の発展を促し、保険料という形をとって潜在的加害者に危険を分散させる効果を生み出してきた。このような傾向は、不法行為法を保険法、社会保障法等との関連で統合的に把握する必要性を自覚化させるに至る。それとともに、責任保険、社会保障等の発達⁽⁵⁸⁾は、伝統的な「不法行為責任を次第に空洞化させ、不法行為法の機能を減退させる」に至る。わが国の学界で「過失」、「因果関係」といったきわめて基本的な不法行為概念をめぐって議論百出の状況にあること自体、裏を返せば⁽⁵⁹⁾伝統的不法行為理論が崩壊を余儀なくされ、再構成をせまられていることの一証左といえよう。

アメリカでは、かなり以前から自動車事故訴訟の全民事事件において占めるパーセントがきわめて大きく、しかもこの種の事件は、責任保険の利用度と密接な関連にあったこともあって、不法行為法を損害の分担の社会化を行う保険法、社会保障法等の他の損害補償制度とのからみで統一的に理解しようとする動きが比較的早い時期からみられた。一九世紀末から二〇世紀初頭にかけての段階では、アメリカ社会における民事的被害の危険を分散させるという発想は、いまだはっきりした形ではみられず、ネグリジェンス、合理的行為、相当因果関係といった概念論争に議論が終止していた。しかも当時の責任保険は、使用者と保険会社との単純な契約関係として扱えられ、被用者からの訴訟のリスクに対する補償を保険でカバーする装置と考えられていた。しかし、その後一九三〇年代までには、全く異なった責任保険の觀念が浮上するに至る。今や責任保険は、不法行為訴訟において被害者を補償する装置とみなされるようになった。ホワイトによれば、「二〇世紀のアメリカ法の歴史の中で、責任保険が不法行為法の分野に広範囲にわたって実質的に侵入してきたことほど革新主義運動の成果を例証しているものはない」といわれる。ともあれ責任保険は、不法行為法における損失を分配する主たるメカニズムとして觀念されるようになった⁽⁶⁰⁾

た。二〇世紀のパターナリステイックな福祉国家観は、効率および公正さという観念を危険配分の規準に用い、損失を社会一般に分散させようとして介入してくる。⁽⁶¹⁾

責任保険の出現と共に、より多くの被害者が補償の対象とされ、不法行為法の個人的非難性といった要件が緩和化されるに至る。今や不法行為は、も早私的な二当事者間の関係を扱う分野ではなくなり、公的な多数当事者間の関係を扱う分野と観念されるまでに至る。その結果、不法行為法は、非難に値する行為を抑止し制裁を加える体系というよりは、社会を通じて權益侵害の費用を配分することを意図した補償体系と観念されるに至っている。⁽⁶²⁾

このような不法行為法と保険法、社会保障法等他の補償制度との統合的理論の必要性は、無過失責任と責任保険との結合による危険の社会的分散化を促すこととなったのである。⁽⁶³⁾ かくして、今日のアメリカ不法行為は、嚴格責任を一般条項として損失の転換ないし配分を妥当に規制する社会工学としての機能を果たす方向に向いつつある、⁽⁶⁴⁾ ということができる。

以上に見てきたごとく、日米の不法行為法には、比較法的にみて種々の基本的構造の差異が見られる。次に、かかる基本的構造の差異を踏まえて、現代不法行為理論の要をなすネグリジェンスの領域で日米の異同がどのような形で現われているかについて、比較法的視座から考察することとしたい。

- (1) 我妻榮、新訂民法総則一一頁（一九六五年）。
- (2) 加藤一郎、不法行為〔増補版〕六頁（一九七四年）。
- (3) 四宮和夫、事務管理・不当利得・不法行為中巻二五四頁（一九八三年）。加藤、前掲七頁。
- (4) 幾代通、不法行為五頁（一九七七年）。星野英一「民法解釈論序説」民法論集第一卷三三頁注四（一九七〇年）。
- (5) P. Atiyah, The Rise and Fall of Freedom of Contract 505 (1979); F. Lawson, A Common Lawyer Looks at the Civil Law 152-56 (1953). 四宮、前掲（注2）二五四頁。
- (6) R. Pound, The Spirit of the Common Law 14 (1921).
- (7) R. Pound, Interpretations on Legal History 58 (1923).

- (8) Pound, *supra* note 6, at 23-24.
- (9) *per J. Cardozo in Paisgraf v. Long Island R.R. Co.*, 248 N.Y. 339, 162 N.E. 99 (1928).
- (10) Pound, *supra* note 6, at 29-31.
- (11) 漠然とした一般原則を定めづるにすぎないといわれる。加藤一郎「日本不法行為法の今日的課題——アメリカ法との比較において——」法律時報号一〇頁以下(一九六四年)。伊藤正巳編「英米法概論三七八頁(一九六一年)」。
- (12) W. Geldart, *Elements of English Law* 146-47 ([1911] 8th ed. by D. Yardley 1975); G. Gilmore, *The Ages of American Law* 46 (1977).
- (13) F. Maitland, *The Forms of Action at Common Law* 1 ([1909] Chaytor & Whittaker ed. 1968).
- (14) W. Prosser, *Law of Torts* 26-27 ([1941] 4th ed. 1971).
- (15) *Id.* at 28-29.
- (16) *Id.* at 37. *E.g.*, *Allen v. Hannaford*, 138 Wash. 423, 244 Pac. 700 (1926).
- (17) *Id.* at 34. *E.g.*, *Vosburg v. Putney*, 80 Wis. 523, 50 N.W. 403 (1891).
- (18) *Id.* at 42. *E.g.*, *Montgomery Ward & Co. v. Freeman*, 199 F. 2d 720 (4th Cir. 1952).
- (19) *Id.* at 63. *E.g.*, *Vincent v. Lake Erie Transportation Co.*, 109 Minn. 456, 124 N.W. 221 (1910).
- (20) *Id.* at 76. *E.g.*, *Zaslow v. Kroenert*, 29 Cal. 2d 541, 176 P. 2d 1 (1946).
- (21) Warren, *Trover and Conversion* (1936); Prosser, *supra* note 14, at 79.
- (22) Prosser, *id.* at 683. *E.g.*, *Derry v. Peek*, 14 App. Cas. 337 (1889) (fraud); *State Rubbish Collectors Assn. v. Siliznoff*, 38 Cal. 2d 330, 240 P. 2d 282 (1952) (duress).
- (23) *Id.* at 834. *E.g.*, *Halberstadt v. N.Y. Life Ins. Co.*, 194 N.Y. 1, 86 N.E. 801 (1909) (malicious prosecution); *Quinn v. Leathem*, [1901] A.C. 495 (conspiracy).
- (24) *Id.* at 927. *E.g.*, *Lumley v. Gye* (1853), 2 E. & B. 216.
- (25) *Id.* at 737. *E.g.*, *Hall v. Edwards*, 138 Me. 231, 23 A. 2d 889 (1942) (slander); *Cassidy v. Daily Mirror Newspapers, Ltd.*, [1929] 2 K. B. 331 (libel).
- (26) *Id.* at 802. *E.g.*, *Melvin v. Reid*, 112 Cal. App. 285, 297 Pac. 91 (1931).
- (27) *Id.* at 49. *E.g.*, *Nickerson v. Hodges*, 146 La. 735, 84 So. 37 (1920).
- (28) 2 K. Zweigelt & H. Kötz, *Einführung in die Rechtsvergleichung auf dem Gebiete Des Privatrechts* 342-44 ([1971] 2d ed. 1984).

(29) Prosser, *supra* note 14, at 436-37.

(30) 四宮、前掲(注2)二五一頁。F. Lawson, The Rational Strength of English Law 135 (1951).

(31) *Id.* at 136, 131-35.

(32) 加藤、前掲(注2)一一五頁。四宮、前掲(注2)二六六—六七頁。

(33) Prosser, *supra* note 14, at 9-14. なお、邦語による文献として、田中英夫、実定法学入門五一頁以下(第三版、一九七四年)。田中竹内「法の実現における私人の役割」法協八九卷一〇頁以下(一九七二年)。田中英夫「二倍・三倍賠償と最低賠償額の法定」法協八九卷一〇号(一九七二年九〇巻八号(一九七三年))。

(34) McCormick, Damages §§ 20 et seq. (1935); Prosser, *supra* note 14, at 14. 事実上損害は発生しても実損害額を主張・立証しない場合にも、名目的損害賠償が与えられる。

(35) 加藤、前掲(注2)六四頁。これに対し、平井宜雄、現代不法行為理論の一展望二一六頁(一九八〇年)は、「過失」と「故意」加害の意見」とを区別し、両者を別個の類型とする。

(36) たとえば、慰謝料の賠償(故意の場合には、特別事情による損害を予見していたことが多いことを理由とする)。

(37) たとえば、慰謝料、過失相殺の場合など。

(38) E.g., Garatt v. Dailey, 46 Wash. 2d 197, 279 P. 2d 1091 (1955); Baldinger v. Consolidated Mut. Ins. Co., 11 N.Y. 2d 1026, 183 N.E. 2d 908 (1962); Restatement (Second) of Torts §§ 13, 16, 18, 20.

(39) *In re Polemis*, [1921] 3 K.B. 560.

(40) E.g. Webb v. Portland Mfg. Co., Fed. Cas. No. 17, 322, 3 Sumn. 189 (Cir. Ct. D. Me. 1838) (nominal damages の古典的事例); Fisher v. Carrousel Motor Hotel, Inc., 424 S.W. 2d 627 (1967); Jones v. Fisher, 42 Wis. 2d 209, 166 N.W. 2d 175 (1969) (以上 punitive damages の事例)。

(41) 我妻栄、民法大意「第二版」中巻四八二頁(一九七一年)。加藤、前掲(注2)六四頁(「故意とは、一定の結果の発生すべきことを知りながら、あえてある行無をするという心理状態であり、過失とは、その結果の発生することを知るべきでありながら、不注意のためそれを知りえないで、ある行為をするという心状理態である」)。四宮、前掲(注2)三〇三頁(「心理状態」)。幾代通、不法行為三一頁(一九七七年)(意思の緊張の欠如)。

(42) 星野英一「故意・過失、権利侵害、違法性」私法第四一号一六九頁以下(一九七九年)。

(43) 平井、前掲(註35)六頁。

(44) J. Fleming, An Introduction to the Law of Torts 24-42, *esp.* 26 (1967). 伊藤正巳「過失の意味とその史的素描」法協六七巻三

- 号二四五頁以下(一九四九年)。同、イギリス法研究三二一頁以下(一九七八年)。
- (45) D. Howe, *Introduction in O.W. Holmes, The Common Law* ([1881] Howe ed. 1967); Terry, *Negligence*, 29 HARV. L. REV. 40-44 (1915).
- (46) Palsgraf v. Long Island R.R. Co., 248 N.Y. 339, 162 N.E. 99 (1928); Restatement (Second) of Torts § 291; E. White, *Tort Law in American: An Intellectual History* 107 (1980).
- (47) 四宮、前掲(註2)二二五頁。加藤、前掲(註2)五頁以下。平井、前掲(註35)一一三頁。
- (48) White, *supra* note 46, at 109.
- (49) *Id.* at 108; L. Friedman, *American Law* 144-45 (1973).
- (50) Restatement (Second) of Torts §§ 519-520, § 520, Comment 1; 四宮、前掲(註2)二五九頁(註1)参照。
- (51) White, *supra* note 46, at 109; G. Calabresi, *The Costs of Accidents* 3-16 (1970). 森島昭夫「損害賠償責任ルールに関するカラ・フレイム理論」我妻追悼・私法学の新たな展開四〇五頁以下(一九七五年)。Calabresi & Hirschhoff, *Toward a Test for Strict Liability in Torts*, 81 Yale L. J. 1055 (1972).
- (52) 加藤、前掲(註2)七五頁。
- (53) Prosser, *supra* note 14, at 181.
- (54) *per* Greer L.J. in *Hall v. Brooklands Auto-Racing Club*, [1933] 1 K.B. 205, 224.
- (55) Restatement (Second) of Torts §§ 283, 299 A.
- (56) *Id.* at § 283 C.
- (57) *Id.* at § 283 B.
- (58) 邦語による文献として、加藤一郎「過失判断の基準としての『通常人』——アメリカ法における『合理人』をめぐって」——我妻追悼・私法学の新たな展開四三三頁以下(一九七五年)参照。
- (59) 平井、前掲(註35)四頁。(59) 同、六頁。
- (60) White, *supra* note 46, at 147.
- (61) *Id.* at 148; J. Fleming, *An Introduction to the Law of Torts* 20-23 (1967).
- (62) Green, *Tort Law Public Law in Disguise*, 38 Tex. L. Rev. 1, 257 (1959-60); White, *supra* note 46, at 150.
- (63) Prosser, *supra* note 14, at 541.
- (64) 有泉亨「損失の shift と distribution」我妻追悼・私法学の新たな展開三八七頁(一九七五年)。